

POR

EL CONVENTO, Y RELI- gioſos del Señor San Aguſtin de la Ciudad de Cadiz,

EN EL PLEYTO

CON DON JOSEPH XIMENEZ, Y DOÑA Lucia Nagle ſu muger, vezinos de dicha Ciudad.

EN QVE PRETENDE EL DICHO Convento ſe confirme la Sentencia de Viſta pronunciada en dicho Pleyto.

§. 1. CVYA PRETENSION, COTEjandola con los Autos, de donde se deduce, quedarà acreditada con notoriedad de justa; pues es constante, que Don Joseph Ximenez, y Doña Lucia su muger, solicitaron por quantos medios les fue posible, el vender las casas sobre que se litiga, y à este fin principiaron las diligencias por Don Juan Cruzati, y las prosiguieron con el Marquès de Villa-Panes. Y aviendolas finalizado con el dicho Convento, con quanta perfeccion requiere el contrato de venta, todavia no se sossegaron, queriendolas bolver à vender à Don Joseph Antonio de Leysa, no haziendose cargo de que ya no podian executar dicha venta.

§. 2. Para reputarse por perfecto el contrato de venta, solo se requiere consentimiento de los interessados, alhaja que se venda, y precio que se pacte. *Simul atque pretio convenerit*, dixo el §. 1. *Inst. de Emptione, & Venditione*: *Quamvis non dum pretium numeratum sit.* Prosigue el mesmo texto, & in *leg.* 1. *per totum*, *ff. de contrahenda emptione, & venditione*.

§. 3. Y que todo lo referido sucedio en la venta de las casas otorgada à favor del Convento, aun sin atender à la probança tan relevante, que tiene à su favor, fuera suficiente para la certeza de este hecho la declaracion del dicho Don Joseph, hecha à pedimento del Convento en 29. de Agosto del año proximo passado, en la qual con toda extension explica la realidad de lo pactado, y executado, y que todo lo aprobò, y ratificò la dicha Doña Lucia; con cuya ratificacion, que se halla probada, demàs de lo confessado por su marido, con los testigos Religiosos, que se hallaron presentes al tiempo, que manifestò su consenti-

sentimiento, con la aprobacion de lo executado por el D. Joseph, quedò perfeccionada la venta; *ex cap. Cum nos de ijs, quæ fiunt à Prælato, sine consensu capituli in fine*, ibi: *Nisi eam ratam postmodum habuerit.* Y la Glossa saca la conclusion en esta forma: *Et ita alienatio, quæ de jure non tenet ratihabitione confirmatur.* Text. *in cap. Cura Pastoralis 11. de Iure Patronatus.* Text. *in leg. 5. ff. rem ratam haberi: Quia ratihabitio retrotagitur, & mandato comparatur. L. Fin. C. ad Senatus Consultum Macedonianum.* Y con mas expression se prueba el caso presente en terminos de venta executada por permisso, y consentimiento del dueño, en la *ley* 48. *tit.* 5. de la *part.* 5. cuya decision es terminante à lo que el Don Joseph dize por su declaracion pagò. De tal forma, que solo les quedò accion à los vendedores para repetir el precio, como al comprador para reintegrarse en las casas, que es la *exempto, & vendito*: ex text. *in leg. Bona fides, & per totum tit. de actionibus empti, & venditi.*

§. 4. Ni puede servir de objeccion, que algunos de los testigos sean Religiosos, por no pertenecer el pleyto, que se trata, à la particular vtilidad, *vt singulis*, sino à el aprovechamiento comun, y vtilidad de el Convento; en cuyo caso, aun sin hallarse adornados de las circunstancias de literatura, virtud, y demas prendas, que en ellos concurren (por lo qual son tan atendidas, y apreciables en derecho sus deposiciones, *ex cap. Inostra 32. de Testibus, & ex cap. Talia causa 8. quæst. 34.* ibi: *Vnde quia dememorati viri testimonio dubitare omninò non possumus.* De que haze mencion el señor Valençuela Velazquez, *cons.* 157. *num.* 6. el señor Rodrigo Suarez en la *allegat.* 1. *num.* 14. con Mascardo *de Probationib. conclus.* 306. Farinacio *de Testibus, quæst.* 61. *num.* 80. siendo la prerrogativa de Sacerdotes, la que

influ-

influye la mas eficàz presumpcion en la certeza de sus depoſiciones; pues aunque fuera vno solo, tuviera la fuerça, y fee, que ſe dà à dos teſtigos; como lo afirma Parinacio, y Maſcardo *locis citatis*, à que alude ſin violencia el capit. *Cum in iubentute, de Præſumptionibus*) todavia por ſer en favor de ſu Comunidad, fueran ſiempre apreciables ſus depoſiciones; *ex cap. Inſuper 6. de Teſtibus, & ex leg.* 18. *tit.* 16. *de la partida* 3. donde aviendo excluido los teſtigos, que pueden conſiderarſe intereſſados, dexa aprobados los Religioſos por ſu Convento y proſigue dando la razon: *Esto es, porque como quier que el Pleyto tanga à todos comunalmente, no pertenece à cada vno de por sì en todo, è por ende no debe ome ſoſpechar, que los omes buenos fueſſen aduchos por dar teſtimonio en pleytos de alguno deſtos lugares, que quieran perder ſus almas, teſtiguando mentira por los otros.* Lo qual ſe haze mas cierto con la depoſicion de Juan de Aguayo, que es teſtigo, que no tiene la nota de intereſſado.

§. 5. De lo referido ſe viene à inferir lo eſtraño, y repugnante de la pretenſion del dicho Don Joſeph, y ſu muger en querer retractar la referida venta contra la voluntad del Padre Prior, y Religioſos del dicho Convento, en contravencion de lo diſpueſto por derecho *in leg. de Contractu* 3. *C. de reſcindenda vẽditione, de cõtractu venditionis & emptionis iure perfecto alterutro inuito, nullo reſcedi tempore bona fides patitur, neque reſcripto noſtro. L. Ratas* 7. *C. eodẽ*, q̃ vno, y otro texto ſon concordãtes de la *ley* 61. *tit.* 5. *part.* 5. cuya deciſsion excluye totalmente la pretenſion contraria, de tal forma, que ni aun con Facultad Real pudiera fundarla: *Arrepientenſe à las vegadas* (dize la ley) *para deshazer la vẽdida los omes, deſpues q̃ han vendias ſus coſas: è vàn à pedir merced à los Reyes, que les manden dar ſus cartas para que las puedan*

deshazer, è por ende dezimos, que tales cartas no les deben dar: y si las dieren, no deben valer; cà non seria cosa guisada, que pues la vendida fue hecha derechamente, è con placer del vendedor, è del comprador, que pueda ser desfecha por premia, ò miedo del vno de ellos. Y aun prosigue la ley prohibiendo lo referido, aunque el vendedor le ofreciesse al comprador el precio doblado, porque desamparasse la cosa vendida, no siendo voluntad del comprador el dexarla.

§.6. Y con mayor, y mas especial razon corre la prohibicion referida en el caso presente, por ser las casas vendidas al dicho Convento; cuyo dominio, por privilegio especial, que assiste à las Iglesias, y Monasterios, se transfiriò en el Convento luego que se aprobò, y ratificò la venta por la dicha Doña Lucia; *ex text. in leg. Fin. C. de Sacrosanctis Ecclesijs.* Cuyo privilegio produce la referida translacion de dominio, aun sin averse apoderado el Convento de las dichas casas, y su possession, como se previene por la ley 1. *tit.* 11. *part.* 1. donde refiriendose los privilegios, y franquezas de las Iglesias, y Monasterios, prosigue en esta forma: *E aun sin estas han otras franquezas las Iglesias, que las heredades, que les fuessen dadas, ò vendidas, ò mandadas en testamento, derechamente, maguer no fuessen apoderadas de ellas, ganan el señorio, el derecho, que à ellos avia aquel que las diò, ò vendiò, ò mandò: De manera, que las puede demandar por suyas, à quien quier que las tenga: Este mismo privilegio han tambien los Monasterios.*

§.7. Por lo qual, despues de ser la pretension de los dichos Don Joseph, y su muger contra su hecho proprio, que executaron, y aprobaron con la dicha venta, cuya circunstancia los està imposibilitando de lo que intentan; *ad text. in leg. Post mortem, & eius Gloss. ff. de adoptionibus*, estàn repugnandolo todas las consideraciones ya expressadas. Tam-

§.8. Tampoco es de aprecio lo que se ha querido discurrir, sobre si la venta de las dichas casas fue para el Convento, ò para otro tercero, como era la memoria, y obra pia de Don Divino Calderon, pues de esto no ay mas justificacion, que la voluntaria narrativa de que hizo mencion en su pedimento el Don Joseph; y suponiendose por cierto, que el que compra se presume *nomine proprio*, y para si, y esto aunque fuesse con dinero ageno; *ex leg. Et magis 4. de Solutionibus, leg. Si ita stipulatus, §. Chrysogonus, ff. de verborum obligationibus*; y con mas claridad la *ley 49. tit. 5. part. 5.* vbi Hermosilla, *Gloss. 3. num. 4.* era necessario, que se huviera probado por el dicho Don Joseph, que la compreda referida de las casas avia sido *nomine alieno*, para la dicha memoria, y que el Padre Prior se avia mostrado, y tenido *vt negotiorum gestor*: assi lo sintiò en esta materia el señor Don Joseph Vela en la *dessertacion* 38. *num.* 4. y en la *dessertacion* 24. *num.* 52. Noguerol, *allegat.* 20. *num.* 31. Dom. Salgado *de Regia Protectione*, 4. *part. cap.* 8. *num.* 263.

§.9. Mas aunque fuera cierta, y se diera por probada la narrativa del pedimento, aviendo de recaer la propiedad de la casas en el Convento muertos los Legatarios, à quien se dize en el pedimento se dexaba el vsufructo; todavia no resultaba cosa alguna favorable à los dichos vendedores, pues no pudiendose mantener el dominio de las casas *in suspenso*, *ex leg. Fin. ff. communia prætiorum*, necessariamente por la venta se avia de transferir el dominio en el Convento, porque en los vsufructuarios no pudiera radicarse; si bien de todas estas questiones nos hallamos desembarazados, y a por el defecto de prueba en el dicho Don Joseph, y su muger, como por lo satisfecho, y probado en este particular por el Convento, y con

lo

lo explicado por el Padre Prior en su vltima declaracion, que se le recibiò en virtud de Real Provision, en razon de donde huvo el dinero para la dicha compreda.

§. 10. Reconociendo Don Joseph, y su muger la obligacion en que se hallan constituidos à otorgar la escriptura de venta à su favor, y entregarle las casas, porque es indissoluble el contracto, si por ambos contrayentes no se recede (*ex leg. Nihil tam naturale, de Regulis Iuris*) para subterfugio de su exoneracion, han ocurrido à diversos medios, assi en orden à que las dichas casas son bienes dotales, como que resulta lesion en el precio; y aunque de estos reparos debieramos tambien exonerarnos sobre su satisfaccion, por opuestos sin tiempo, ni forma, ni aver-se sobre ellos seguido este juizio, no obstante *ex abundanti*, solo para que se reconozca lo poco, que aprovechan al intento presente, se harà de ellos la conveniente reflexion.

§. 11. Aunque por lo regular estè prohibida la enagenacion de los bienes dotales al marido, *ex leg. 1. & per totum tit. ff. de fundo dotali*, es limitacion de esta regla el aver recibido los bienes dotales con estimacion de venta el marido; porque en este caso se haze tan absoluto dueño, que solo es deudor à la muger del precio sin impedimento, ni embarazo para la enagenacion: *Ex text. in leg. Quod si fundus, ff. de fundo dotali*; *leg. Stimatæ, ff. soluto matrimonio*; *leg. 7. 16. 18. tit. 11. part. 4.* Dom. Olea, *tit. 5. quæst. 12. num. 3. & 4.* Hermosilla, *in leg. 22. tit. 5. part. 5. Gloss. 5. ex num. 14.* Y que las dichas casas al tiempo que entraron en poder del dicho Don Joseph, por razon del matrimonio con su muger, fueron apreciadas, consta de lo que se refiere en los instrumentos de la testamentaria de Don Francisco Segura, con yu-

gan

gan primer marido de la dicha Doña Lucia, que viò, y leyò el Padre Prior Fray Gaspar de Molina, y reconociò segun declara, era su aprecio de 70U970. Rs.

§. 12. Cuyo aprecio, y estimacion, que en el dicho tiempo se le diò à las casas, por ser de cantidad determinada, y que en esta forma passaron al matrimonio, causò la venta, es sentir de los mas clasicos Doctores, como el señor Covarrub. en el *cap. 18. de las Practicas, num. 1.* Gutierrez, *lib. 3. Practicar. quæst. 77. & in cons. 17. ex num. 2. & alijs, quos citat.* Hermosi. *in leg. 22. tit. 5. de la part. 5. Gloss. 5. n. 21.* Giurb. *ad consuetudinem Senatus, cap. 15. Gloss. 1. ex num. 6.* los quales afirman, que regularmente, *quæcumque stimatio indubio præsumittur facta, vt operetur emptionem, & venditionem*, con la ley *Stimata. ff. de soluto matrimonio, & eius Glossa*, y la ley *Si inter 21. C. de Iure Dotium.* Dom. Greg. Lop. *leg. 18. tit. 11. part. 4. Gloss. 2.* A que se llega para mayor esfuerço de esta consideracion, la presumpcion que resulta en favor de las mugeres, que se casan primera, y segunda vez, en quanto à sus dotes, que la que tuvieron en el primero, se entiende que llevaron al segundo matrimonio; ita Menoch. *de Præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 6. num. 25.* Noguer. *alleg. 29. num. 90.*

§. 13. Otra limitacion no menos atendida que la primera, es quando la venta, ò enagenacion se haze *ex consensu vtriusque coniugis*, siendo vtil à la muger, *ex text. in leg. Fin. §. Quod si mulier, ff. de Iure Dotium.* Hermosill. *dict. Gloss. 5. num. 34.* Barb. *in leg. 1. de soluto matrimonio, ex num. 6.* Cevall. *Questiones Communes 727. ex num. 40.* cuya vtilidad la regulan los Autores por muchos medios, y motivos para la firmeza de la enagenacion, ya el hallarse gravados marido, y muger con deudas, sin tener otro modo de satisfacerlas; ya porque la estrechez, y ne-

 cessi-

cessidad les precissa para sus alimentos: Hermosilla, *vbi suprà ex num.* 38. Cevall. *loco citato, & in quæst.* 900. *num.* 46. sin que en estos casos tenga lugar lo determinado por la *ley* 61. *de Toro*, porque esta habla en terminos, que el marido tenga possibilidad de mantener a la muger, no en caso contrario.

§. 14. Y constando, como consta en este pleyto, por la declaracion de la dicha Doña Lucia, que està al fo. 90. de los Autos, que el aver solicitado la venta de estas casas, era porque se hallaba con necessidad de dinero para lograr vna conveniencia, en que pudiera tener mayor adelantamiento, tenemos probada *ex ore proprio* la necessidad en que se hallaba, y la vtilidad que le resultaba en la venta; y con mayor certeza se afiança la vtilidad de la venta, porque prosigue en la dicha declaracion la Doña Lucia, confessando, solicitò con el Marquès de Villa-Panes, que no obstante de aver contratado con èl la venta de las dichas casas, la dexasse libre para poderlas vender à otro, por el baxo precio que le daba por ellas: de que se infiere, que el aver passado à contratar con el Convento la venta de las dichas casas, fue porque le daba, y diò mayor precio, que el dicho Marquès, y no niega en la dicha declaracion, que los Religiosos le hablaron sobre la venta, antes sì lo supone por cierto; con lo qual queda sin duda lo confessado por el dicho Don Joseph su marido.

§. 15. Y de el mesmo hecho de pretenderse la subsistencia de la vltima venta, se reconoce ser voluntario quanto se alega en orden à ser alhaja dotal, y que no se pudo vender al dicho Convento, no aviendo mayor razon para la validacion de vna venta cierta, como es la hecha à favor del Convento, y justificada con los testigos del trato, que para la vltima que suena à favor de Don Joseph Antonio de

Leysa,

Ley ſa, que ſe preſume ſimulada, y en fraude de la primera.

§. 16. Y ſobre todo, no tratandoſe oy, ni aviendo llegado el caſo de tratarſe de nulidad de eſta venta, ò por no averle ſido vtil à la Doña Lucia, ò por aver contenido leſion enorme, ò enormiſsima, (porque eſto tendrà ſu tiempo, por ſer primero el que aya venta, y deſpues tratar de ſu nulidad, ò validacion: *Quia nullius entis, nulla ſunt qualitates, & de illo, quo non datur tractari non debet.*) y ſer oy el pleyto ſobre el mero hecho, y otorgamiento de la eſcriptura de venta en execucion, y obſervancia del contrato, ſe haze mas arreglada la pretenſion del Convento, quiẽ queda expueſto a lo que deſpues dieren de sì eſtas pretenſiones, que ſe pueden intentar ſi no probaſſe ſu excepcion.

§. 17. Y por lo que mira à leſion, ſiempre fuera deſpreciable la pretenſion de la dicha Doña Lucia, atendiendo à los inſtrumentos, que dize en ſu declaracion el Padre Prior tiene en ſu poder, y que ſe le entregaron para que tanteaſſe la ſeguridad de la venta; pues por ellos ſe ajuſta, que las caſas eſtaban apreciadas en ſetenta mil reales con poca diferencia, y por las demàs razones, que explica de no averſe hecho obras mayores en ellas, vinieron à quedar las caſas en ſeſenta y quatro mil reales; conque dandole los ſeſenta y nueve mil, no ſe diſcurre en q̃ ſe funde la leſion; pues para poderla intentar, era neceſſario ſe huvieſſen vendido por menos de la mitad del juſto precio, *ex leg. 2. C. de reſcindenda venditione*, y que concurrieran todas las circunſtancias, que ſe previenen para prueba de leſion en la *ley 1. tit. 11. lib. 5. Recop. & in leg. 56. tit. 5. part. 5.*

§. 18. Ni pudiera ſer motivo para intentarla, lo que ſe ha ſupueſto en razon del precio de la

vlti-

vltima venta, pues ademàs de que el precio justo para regular la lesion, no es el que casual, y por accidente se dà por la cosa, ni se mide por el afecto, y voluntad (sino el que regularmente merece, y se debe dar por ella: *Secũdum stimationem juridicam seclussa fraude, & dolo, ex leg. Pretia rerum, ff. ad legem Falsidiam*, Riccio, *collectanea* 916. Hermosill. *in leg. 56. tit. 5. part. 5. Gloss. 6. num. 7.*) en el caso presente es indigno para alterar la venta perfeccionada à favor del Cõvento, el concepto que resulta contra los vendedores, y nuevo comprador, que se supone; pues hallandose ligados con la obligacion contraida à favor del Convento, que para su mayor prueba (no para su sustancia) quedò diferida la escriptura para el dia 26. de Agosto, en que constasse la fee de paga, el dia 25. antecedente se movieron con estraña audacia à la vltima venta, que fingieron; y no debiendo de este hecho doloso concederseles alivio alguno para su intento, *quia plus valere quod agitur, quam quod simulatè concipitur*, queda por el consiguiente desvanecido el intento simulado, ideado à fin vnicamente de perjudicar al Convento.

§. 19. Lo qual en ningun acontecimiento, y en la forma que se pretende, debera admitirse, ni apreciarse; por destroncarse la legalidad, y buena fee, que se debe observar en los contratos, de donde resulta la mayor vtilidad de la causa publica: *Pax servetur, & pacta custodiantur*, dixo el *capitulo primero de Pactis*, y lo mesmo la *leg. 1. ff. eodem titulo.*

§. 20. Y mas quando no es controvertible, ni dudable la validacion *ipso iurè* de la venta, aunque contenga lesion, como sentò Hermos. *in dict. leg. 56. tit. 5. part. 5. Gloss. 7.* por competirle assi al vendedor, como al comprador, las acciones para su recission, cuya justificacion ha de prevenir del justo precio;

cio, que resultare tener la cosa vendida al tiempo del contrato, regulandolo este por los medios, que propone el dicho Hermosilla en la *Glossa* 6. ya por los frutos, y emolumentos de la cosa; ya por la estimacion de los peritos, y por lo que se han vendido semejantes alhajas: todo lo qual ya se reconoce no puede ser sino en vn juizio correspondiente al exercicio de semejantes acciones, en que deducidas por los vendedores, quede el Convento obligado à desvanecerlas con la prueba necessaria, no empero en el presente litigio, que solo se ha tratado, y trata de probar la certeza del contrato.

§. 21. El efugio menos digno de atender entre todos los demas, de que se han valido los vendedores, ha sido si el Convento tenia, ò no el dinero prompto para la compra, pues este desde su principio ha quedado desvanecido por lo executado por los vẽdedores; pues aviendo de ser el dia 26. la entrega del dinero con el otorgamiento de la escriptura para prueba del contrato, esto quedò frustrado por la anticipacion con que quisieron distratar la dicha venta, y nunca huviera sido de reparo la retardacion en la entrega del precio, aunque huviesse sido el intervalo por tiempo de diez dias à la perfeccion del contrato, pues para contar el dinero, fuera necessario mucho mas, y esta confiança de parte de los vendedores se presume por el dicho tiempo; y aunque passara, y no se entregara el precio, no quedaba revocada la venta, Hermosill. *in leg. 28. tit. 5. part. 5. Gloss. 1. per totum, & principaliter ex num. 9.* y 36. y para que quedara constituido en mora el Convento, era necessaria interpelacion; pues aun en casos de mayor privilegio, como en Rentas Reales, el menor tiempo que se le dà al obligado por el remate para que afiance la renta, que es lo que sucede en lugar del precio en la venta,

son los dichos diez dias, y assi se previene por la *ley 12. tit. 11. lib. 9. Recop.* y se le mantiene en su renta: mas en nuestro caso no passò tanto tiempo como el de diez dias, pues el dia 24. de Agosto quedò perficionado el contrato; y aunque huviera sido el dia 18. tampoco avian passado los diez dias hasta el 26. Por cuyos fundamentos espera el Convento se confirme la Sentencia de Vista. Salvo in omnibus, &c.

Lic. D. Blas Antonio Gozalvo.